# Archiv für die civilistische Praxis.

Zweiter Band. Erstes Heft.

## I.

1) Von der Beweiskraft einer Privaturkunde gegen einen Dritten und dessen teutschrechtlicher Verbindlichkeit zur Anerkennug oder eidlichen Ableugnung, besonders in Hinsicht auf Cession.

2) Von dem Antrag des Schiedeseides über die Handlung eines Andern — facta aliena — namentlich über die Cession.

3) Eine nähere Erörterung der Streitfrage: darf ein streitender Theil dem andern über die Legitimation zur Sache den Schiedeseid antragen?

Von Gensler.

§. 1.

Oft verhandelt, aber immer noch unentschieden, und dennoch sehr erheblich, sowohl für die gerichtliche Praxis, als für eine neue Gesetzgebung, ist insonderheit obige, unter 3. vorgesteckte, von dem Ueberschriebenen an einem andern Orte [1]) schon be-

1) In dem Handbuche zu Martins Lehrbuch des teutschen gem. bürgerl. Processes. Thl. I. pag. 163 ff.

leuchtete Streitfrage. Dort wurde diese bejahet, unbedingt, es sey von der Activ- oder Passivlegitimation des Klägers oder des Beklagten die Rede [2]). Hiergegen machte Mühlenbruch [3]) fast bittere Bemerkungen, welchen man aber, ohne die Bescheidenheit zu verletzen, auch mit der von ihm selbst aufgeworfenen Frage entgegen kommen darf: womit will man eine solche — — Theorie rechtfertigen? — Nach Mühlenbruchs Meinung sollen zum Beweis der geschehenen Cession einer Forderung nur Zeugen und öffentliche Urkunden, wohin auch die Notariatsinstrumente (?) gehörten, die einzigen absolut gültigen Beweismittel seyn. Bringe der Cessionar blos einen Privatcessionsschein bei, so könne der Schuldner verlangen, „daß der vorgebliche Cessionar die Aechtheit jenes Documents durch die gewöhnlichen (?) Beweismittel darthue.“ Die Eidesdelation finde nicht statt; denn a) man könne nur wegen der eigenen Handlung des Beklagten diesem den Eid antragen, ein juramentum credulitatis et ignorantiae hingegen nur wegen der Handlungen derjenigen Personen, in deren Stelle er, der Delate, getreten sey; b) werde der Eid dem Kläger zurückgegeben, dieser aber schwöre ihn ab, so müsse ja der Beklagte α) diesen Kläger, und, sey die Cession nicht wahr gewesen, nachher auch β) den wahren Gläubiger, mithin doppelt, und möglicher Weise noch mehrmals zahlen. So leicht (spricht Mühlenbruch weiter) wollten es die Gesetze den Abentheurern und Strauchdieben nicht machen. Auch enthielten dieselben, namentlich L. 3. §. 3. L. 9. §. 7. L. 11. pr. et §. 3. L. 13. §. 1. D. 12. 2.

---

2) Eben daselbst wurde pag. 112 ff. ausgeführet, daß die Passiv-Legitimation auch auf Seiten des Klägers eben sowohl in Betracht kommen könne, als die Activlegitimation auf Seiten des Beklagten.

3) In der Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald 1817. §. 61. pag. 547.

nichts für das Bejahen obiger Frage, diese angewandt auf die Cession.

Fast jedes in diesem Vortrag enthaltene Princip ist ein Rechtsirrthum, und stehet resp. mit klaren Gesetzen und consequenten Rechtsgrundsätzen im Widerspruch.

Irrig ist hauptsächlich die Behauptung: „Privatcessionsurkunden könne der Schuldner so geradezu von der Hand schieben und sofort einen besondern Beweis ihrer Aechtheit verlangen.“

An diesem Ort kann und will man nicht tief in die Lehre von der Beweiskraft der Privatdocumente eingehen, sondern als generell nur kurz bemerken:

A) Der Regel nach beweisen sie, als eigene Behauptung ihres Autors, nichts für diesen [4]); ausgenommen a) wenn der Product, oder dessen Verbindlichkeitsvorgänger, Mitaussteller der Urkunde war [5]), oder b) diese auch selbst, vorzüglich in der vorliegenden Streitsache, als Beweismittel wider den jetzigen Producenten geltend gemacht hat [6]), und

---

4) Scriptum proprium nil probat pro scribente. L. 26. in f. D. 16. 3. L. 6 und 7. Cod. 4. 19. Nov. 48. Cap. 5. §. 1. Vergl. Martin in dem Lehrb. d. b. Proc. §. 195 Note b.

5) Denn dann liegt in der unbedingten Mitunterschrift ein Einräumen, Geständniß, der in der Urkunde von dem Mitautor behaupteten Thatsache. Auch darf man den Fall hinzufügen: wenn die einseitig ausgestellte Privaturkunde eine Verbindlichkeit dessen ausspricht, welchem sie eingehändiget wird, dieser selbige ohne Widerspruch als eine ihm dienende Urkunde annimmt und an sich behält, nachher aber, im Gefolge eines Editionsgesuchs rc., sie herausgiebt, z. B. eine Quittung mit Bemerkung eines Restes der Schuld. Arg. L. 16. D. 14. 6.

6) L. 17. Cod. 4. 20. Thibaut in dem System des P. R. §. 1176.

c) die gehörig geeigenschafteten Bücher der Kaufleute [7]). Von dem Grad des Beweises, als richterliche Ueberzeugung [8]), ist hier nicht die Rede. —

B) Sie, die Privaturkunde, beweiset aber gegen den Aussteller, nach den Regeln der Beschaffenheit und Stärke außergerichtlicher Bekenntnisse [9]).

C) Privatdocumente beweisen nicht gegen einen Dritten, d. h. der weder Autor, noch dessen Nachfolger in dem streitigen Rechtsverhältniß ist, insoferne sie eine ihm nachtheilige, wenn gleich dem Aussteller nicht nützliche [10]), Behauptung, Erzählung einer Thatsache, in sich enthalten, und diese durch die Privaturkunde bewiesen werden soll. Daher sind schriftliche Privatatteste der Zeugen der Regel nach ohne alle Beweiskraft und Wirkung [11]). Selbst die Annotationen der Aeltern können in Hinsicht auf die Rechtsverhältnisse ihrer Kinder unter einander höchstens eine Wahrscheinlichkeit [12]) begründen [13]).

D) Dahingegen beweiset eine solche Privaturkunde für und wider den Dritten, in welcher und durch welche der Autor eine freie, von dem Willen und von der Concurrenz eines andern Subjects nicht abhängige, Disposition über die

---

7) Martin, in dem Lehrbuch 2c. §. 195. Note b.

8) Archiv Heft I. Abh. III. S. 29. nr. 2.

9) L. 29. D. 22. 3. Martin, a. a. O. §. 195. Arch. Heft I. Abh. III. S. 49. Note **.

10) Denn ist sie ihm selbst vortheilhaft, so tritt schon der unter A. erwähnte Fall ein, mit den Gesetzen in der Note 4.

11) Testibus, (juratis) non testimoniis, (schriftlichen Privatattesten) creditur. L. 3. §. 3. Dig. 22. 5. mit L. 9. Cod. 4. 20.

12) Archiv, Heft I. Abh. III. S. 35. nr. 2.

13) Thibaut, in dem Syst. des Pand. R. §. 1177.

Bestandtheile seines Privatvermögens ausspricht und beurkundet [14]). Es gehören dahin z. B. schriftliche Privattestamente, Quittungen, Schenkungen, Vollmachten, und namentlich auch Cessionen.

Es kommt hierbei nur auf die Wahrheit solcher freien und legalen Dispositionshandlungen an, um diesen eine allgemeine, von jedem anzuerkennende, Rechtswirkung im Verhältniß zu jedem Dritten zu verschaffen, so lange das Gesetz jenen Dispositionsact bürgerlicher Rechtsfreiheit mit obrigkeitlicher Auctoritas nicht bedingt. Insonderheit aber muß sich der Schuldner gefallen lassen, daß, ohne alle dessen Concurrenz, der Gläubiger einen andern Gläubiger an seine Stelle setze, die Forderung cedire [15]), sowohl außergerichtlich, als gerichtlich, ohne Zeugen und mit Zeugen. Immer fragt es sich dabei nur: „ist es wahr, daß die Cession so geschehen sey, wie der angebliche Cessionar sie behauptet?“ vorausgesetzt, dessen Behauptung enthält zugleich die legalen Merkmale und Erfordernisse einer rechtsgültigen Cession [16]). Der Cedent

---

14) Thibaut, a. a. O. §. 1176. Gönner, in dem Handb. Abh. 46. §. 17 f. Martin, a. a. O. §. 195. Aus eben diesem Grund muß der Dritte diejenige Privaturkunde als wider ihn beweiskräftig anerkennen, welche über das verhandelte freie Rechtsgeschäft anderer Subjecte von diesen gemeinschaftlich gefertiget wurde. Leyser, in medit. ad Pand. sp. 275. med. 4.

15) Nominis venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. L. 1 Cod. 8. 42. L. 3. Cod. 4. 39.

16) Mithin die Cessionsurkunde, welche er zum Beweis seiner Behauptung producirt, insonderheit auch nicht nur den speciellen Erwerbtitel, z. B. ob die Forderung gekauft, ertauscht, geschenkt worden sey u. dgl., sondern auch bei dem Kauf die von dem Cessionar gezahlte oder zu zahlende Summe. Fehlt der Titel, so ist die Urkunde als indiscret anzusehen. Arg.

kann das Geschehenseyn der Rechtsfortpflanzung persönlich, aus eigenem Munde, sowohl außer als in dem Gericht, dem Schuldner andeuten, und der Cessus muß dieses glauben und achten. Er kann von dem Cedenten höchstens nur so viel verlangen, daß dieser ihm ein Beweismittel über jenen Act der Disposition in die Hände gebe, um den Cessionar mit voller Sicherheit zahlen zu können. Und dieses Beweismittel darf eine Privaturkunde seyn. Erhält nun der Cessionar von dem Cedenten ein solches, den Hergang und die Legalität der Cession aussprechendes Document [17], so ist dieses keinesweges das kahle Attest eines Zeugen, auch nicht ein bloses Geständniß, sondern, wie oben erwähnt, die Beurkundung eines solchen Rechtsdispositionsacts, welcher von dem freien Rechtswillen des Autors ausgehet, und daher nicht nur von allen Mitbürgern, sondern auch von der Obrigkeit selbst, geachtet und geglaubt werden muß, bis Jemand die Illegalität [18]) der Disposition selbst,

L. 25. §. 4. D. 22. 4. und allgemeine Bezeichnungen, z. B. vergütet, befriediget u. dgl., können, als dunkel, jenem Mangel nicht abhelfen; von Wechseln abgesehen. Fehlt bei dem Kauf die Summe, so wird dem Cessus die Beleuchtung des Geschäfts und seine Vertheidigung, besonders der Gebrauch der Einrede aus dem Anast. Gesetz beengt. Die Worte: „licet instrum. cessionis venditionis nomen insertum sit," L. 22. Cod. 4. 35. wollen offenbar nichts weiter sagen, als: „wenn auch in der Cessionsurkunde der Titel des Kaufs gedacht wäre," d. h. im Allgemeinen, ohne die Kaufsumme anzugeben. Aus ihnen folgt sogar e contrario, daß, ist die Kaufsumme speciell genannt, alsdann die vorhergehenden Worte zur Anwendung kommen: usque ad rel. Stehet nun in der Urkunde: „die Summe des Kaufpreises sey der Summe der cedirten Urkunde gleich," so ist der Sache genug geschehen, und der Schuldner muß dieses entweder für Wahrheit gelten lassen, oder ein Falsum, eine Simulation u. dgl, beweisen. Note 18. 19.

17) M. s. Note 16.

18) Falsum, adsimulatio, occultatio, sind selbstständige Be-

und sein Interesse hierbei, behauptet und nachweiset [19]). Erschiene der Cedent vor Gericht, und spräche hier jenen Dispositionsact mündlich aus, gäbe er den Titel des Cessionars an,

---

hauptungen, die der, welcher sie aufstellt, um so gewisser auch selbst beweisen muß, weil man sonst das Daseyn eines Delicts vermuthen, ja dieses aus einem an sich gesetzlich erlaubten Rechtsgeschäft folgern müßte.

19) Dies erkennt auch Mühlenbruch S. 549. selbst an, und sein dort, Note 26, aufgestelltes Princip von dem Beweis der exc. leg. Anast. verdient gewiß vor allen andern Meinungen den Vorzug. Der Cessionar muß allerdings immer den Beweis führen, „daß er die Forderung legal erworben habe," mithin bei dem Kauf; „mit welcher Zahlung;" allein diesen Beweis bildet schon vollkommen des zur freien Disposition und zum Empfang rechtsfähigen Cedenten Erklärung und Beurkundung: „er habe die in der Cessionsurkunde genannte Summe als Kaufgeld der Forderung von dem Cessionar bezahlt oder versprochen erhalten." Kein Gesetz beschränkt ihn hierunter, und es würde eine solche Beschränkung zu der Absurdität und Sklaverei führen, daß das Kaufgeld vor Gericht, oder wenigstens vor Zeugen, gezahlt werden müßte, welcher Zwang aber doch nicht verhüten könnte, daß der Empfänger nachher einen Theil heimlich zurückgäbe, oder sich mit eigenem Geld öffentlich bezahlen ließe. Ist es denn mehr, ob jemand vor Gericht erklärt: „er sey mit einer bestimmten Summe bezahlt worden," als wenn er dieses durch ein Privatdocument beurkundet? — So lange dieser Beweis nicht vorhanden ist, trifft freilich, verneint der Cessus die volle Zahlung, den Cessionar die Beweislast, nach den allgemeinen Principien. Archiv B. I. Heft II. Abh. S. 234. Ist aber jener Beweis gegeben, so stehet dem Cessus nur noch offen, das Nichtwahr zu beweisen; bei welchem directen Gegenbeweis nun die exceptio falsitatis, simulationis u. dgl. zugleich die Grundlage eines künstlichen directen Gegenbeweises bilden kann. In Ansehung der Einreden ist der Cessus ohnehin Actor. L. 19. pr. D. 22. 3. L. 1. Dig. 44. 1. Von einem solchen Fall spricht Paulus: si quis negat, emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debet. L. 5. D. 22. 3. und hiervon ausgegangen sprechen die Worte

eröffnete er, daß und wie dieser ihn bezahlt habe, oder befriedigen wolle, oder daß eine Schenkung der Titel der Fortpflanzung sey u. dgl., so darf so wenig die Obrigkeit, als der Cessus, ein juramentum assertorium von ihm, dem bekennend disponirenden Cedenten, verlangen. Die Nov. 48. Cap. 1. pr. wird man nicht hierher ziehen wollen. Besitzt und producirt also der angebliche Cessionar eine angeblich von dem Cedenten über die Cession ausgestellte, alle deren legale Erfordernisse in sich enthaltende, Privaturkunde, so bleibt nur noch die Frage übrig: „ist diese Urkunde ächt? d. h. hat sie der Gläubiger wirklich ausgestellt? — Und nunmehr wirft sich die Procedur auf die allgemeinen Rechtsprincipien von der Anerkennung der Urkunden, als Mittel, ihre Aechtheit außer Zweifel zu setzen.

Jede Privaturkunde, welche, rührt sie wirklich von dem her, dessen Name als Autor unterzeichnet ist, Beweiskraft [20]) gegen den Producten hat, muß dieser, verlangt es der Producent, nach teutschem Proceßrecht entweder als ächt anerkennen, oder eidlich ableugnen [21]), resp. durch ein juram. ignorantiae et credulitatis [22]), insoferne nämlich die Urkunde nicht von ihm selbst ausgestellt seyn soll.

---

in L. 23. §. 2. Cod. 4. 35. „Sed et si quis donationem .... quod datum esse comprobetur," gerade von der Beweislast des cedirten Schuldners, wie auch aus dem ganzen Zusammenhang des Gesetzes hervorleuchtet. Vergl. Note 18: Was das französische Civilrecht Art. 1328. wegen des Datums einer Privaturkunde verordnet, ist nicht teutschen Rechtens. Zeigen sich indicia falsi, so kann nach teutschem Proceßrecht auch ein einzelner Theil der Urkunde eidlich abgeleugnet werden, z. B. das Datum. Danz, in den Grunds. des ord. bürg. Processes §. 333. Note d. ibi all.

20) Begründe sie auch nur einen Theil der richterlichen Ueberzeugung, einen gesetzlichen Eid u. s. w.

21) Archiv B. I. Heft I. Abh. III. S. 62.

22) Vergl. Note 9. und Note 24. zu §. 2. ders. Abh.

Diesen sogenannten Diffessionseid kennen nun freilich die römischen Gesetze nicht so, wie er nach dem einheimischen Recht [23]) gleichsam als ein juramentum legale außer Zweifel liegt, und in der Doctrin aus starken, wenn auch nicht unwidersprechlichen, Gründen als ein stillschweigend angetragener Schiedeseid angesehen wird [24]). Allein bei obiger Frage ist auch nicht die Rede von dem römischen, sondern von dem teutschen Proceß. Der Römer konnte die Anerkennung einer Privaturkunde allerdings verweigern, und hierdurch den Producenten zum Beweis ihrer Aechtheit unmittelbar nöthigen. Als Beweismittel hierzu bestimmen einige Gesetze: a) Zeugen, welche von der Aechtheit jenes Documents aus eigener Perception Kundschaft geben können; oder b) die Schriftvergleichung der Schreibkunstverständigen. In beiden Fällen war jedoch der Product in Gefahr, eine Privatstrafe zu bezahlen [25]). Es durfte aber auch der Producent c) dem Producten den Eid antragen [26]); und es ist anzunehmen, daß dieses geradezu über die Aechtheit der Urkunde geschehen konnte. Denn der Eid war ein ordentliches Beweismittel nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch [27]), und durfte also statt der Zeugen oder Schreibkunstverständigen gewählt werden [28]). Dabei konnte nichts darauf ankommen, ob die

---

23) R. Absch. v. J. 1654. §. 39.

24) Malblanc de jurejurando §. 50. Zimmern in comment. de juramento diffessionis. Heidelb. 1817. ibi all.

25) L. 16. pr. L. 20. Cod. 4. 21. Nov. 73. Cap. 1. 4. 7.

26) Auth. contra post leg. 4. Cod. 4. 30. ibi verba: nisi sacramento illato confiteatur.

27) M. Handb. a. a. O pag. 166. die Gesetze Note 112. J. H. Boehmer, in Exercit. ad Pand. T. III. Ex. 47. §. 7.

28) Auch die Nov. 3. Cap. 4. ist von diesem Fall zu verstehen, und Nov. 18. Cap. 8. als Quelle der Auth. contra rel. Cod.

Urkunde eine Eigenschrift des Producten selbst, oder von einem solchen Subject ausgestellt seyn sollte, dessen Willen er zu befolgen verbindlich war. Unnöthig war es, in dem Gesetz diesen Fall und diese Fälle besonders zu bezeichnen; und wenn also die Worte des Gesetzes nur der propria scriptura, als des regelmäßigen Falles gedenken, so waren hiermit andere, gegen den Producten beweisende, Urkunden keinesweges ausgeschlossen. Wenigstens aber trat volle Analogie ein 30).

§. 2.

Ueberhaupt ist es ein fortgeschleppter, auch von Mühlenbruch wieder aufgeraffter Irrsatz, „daß man dem Römer nur über seine eigene Thathandlungen, oder allenfalls über die seines Erblassers, den Schiedseid antragen können." Die Gesetze, welche man gewöhnlich, gleichsam herkömmlich, für jene verneinende Behauptung anzieht 1), lassen diese gänzlich unbegründet 2), und es wäre doch sonderbar, wenn

4. 30. bestätiget es deutlich. Die in der Nov. 18. C. 8. befindlichen Worte: „et probaverit legitimis modis actor" schließen die juramenti delatio mit ein, und es ist dort von dem Beweis der Aechtheit der Schuldschrift die Rede. Conf. verba: „si enim protulerit aliquis scripturam, alter autem eam negaverit, rel." Eben so die Schlußworte jenes Gesetzes: „Si autem etiam reus proferat litteras actoris deinde ille (actor) eos neget, at ille (reus) probet eas, non solum repetetur, de quo negotiatio fuit rel. Hic quoque de jurisjurandi datione similiter etiam in actore introducatur ratio.

30) L. 10. 12 et 27. D. 1. 3.

1) L. 4. pr. pr. Dig. 12. 3. L. 11. §. 2. Dig. 25. 2.

2) M. Handb. a. a. O. pag, 166. Note 114. mit der dort angezogenen L. 4. Dig. 12. 3. vereinige man auch L. 34. §. 3. Dig. 12. 2. um zu entnehmen, daß das erste Gesetz nur von Nebenpersonen spricht.

die Römischen Gesetze, wäre jenes wahr, nicht wenigstens einmal den beschränkenden Satz ausgesprochen hätten [3]), während sie in nicht wenigen Fragmenten gleichsam ausrufen: jusjurandum et ad pecunias, et ad omnes res locum habet. Etiam de operis jusjurandum deferri potest rel. [4]). Dabei hatte das Gesetz nicht die Subjecte im Auge, welchen der Eid angetragen wurde, sondern das Factum, worüber geschworen werden sollte. War dieses relevant, folgte aus desselben Wahrheit oder Unwahrheit Recht und Zwangspflicht der Parteien, so war hiermit die Befugniß zur Eidesdelation vollbegründet, ohne Unterschied, ob der Delate von jenem Facto Kenntniß aus eigener Perception hatte, oder nicht. Im letzten Fall beschwor er sein Nichtwissen [5]), wollte er den Eid nicht zurückgeben. In Hinsicht auf den Erben ist dieses speciell angedeutet [6]) und in Ansehung anderer Interessenten des streitigen Rechts sprechen die Gesetze noch deutlicher aus, daß dem Gegner der Eid auch über ein

---

3) Andere Ausnahmen und Beschränkungen geben die Gesetze wohl an, nie findet man aber hierunter das factum alienum als Verhinderungsursache erwähnt, abgesehen von dem Fall in L. 4. Dig. 14. 3. und L. 11. §. 2. Dig. 25. 2; in welchem letzten Gesetz aber auch der Vater blos als Nebenperson gedacht wird, und von einem juramento veritatis des Erben die Rede ist. Handb. zu Martin pag. 167.

4) L. 34. pr. Dig. 12. 2. L. 26. §. 3. Dig. 22. 2. L. 3 et 10. Cod. 4. 1.

5) Wenn, wie oben ausgeführt wird, die Eidesdelation über ein relevantes factum alienum rechtserlaubt ist, so folgt von selbst, daß der Delate nur sein Wissen, und allenfalls, als Anhang, seine innere Ueberzeugung, eidlich zu erhärten hat. Denn absurd wäre es freilich anzunehmen, er solle die Wahrheit oder Unwahrheit einer nicht selbst percipirten Thatsache direct beschwören.

6) L. 12. Cod. 4. 3.

solches thatsächliches Verhältniß angetragen werden durfte, von welchem er nicht Autor war, ja sich ohne Unbescheidenheit nicht einmal unterrichten konnte. So spricht Ulpian: unde Marcellus scribit, etiam de eo jurare potest, an praegnans sit mulier, vel non sit, et jurejurando standum [7]). Wer aber zweifeln wollte, daß Ulpian und Marcellus von dem juramento voluntario und zwar von dem Fall sprechen, wo das sich für schwanger ausgebende Weib in den Besitz des Vermögens ihres verstorbenen Ehemannes gerichtlich gesetzt seyn [8]), zu diesem Zweck nun ihre Schwangerschaft beweisen will, und deshalb dem Erben ihres Mannes den Schiedeseid über die Wahrheit ihrer Schwangerschaft anträgt — wer klar lesen will, daß dieser Gegner den Eid annehmen oder zurückgeben mußte, der bemühe sich nur, das ganze Gesetz zu lesen. Für den Gegner ist aber doch wohl die vom verstorbenen Ehemann herrühren sollende Schwangerschaft ein factum plane alienum? Zudem ist die Qualität als schwanger nichts anders, als gerade die legitimatio ad causam. Auch über das eigene ausschließliche — alleinige — factische Verhältniß des Deferenten, und noch mehr also über das Factum eines Dritten, findet also die Eidesdelation statt, wenn nur die Wahrheit oder Unwahrheit dieser fremden Thathandlung für das unter den Proceßinteressenten streitige Recht relevant ist.

Es wurde schon erwähnt, daß in Hinsicht auf den Erben selbst aus dem Buchstaben der römischen Gesetze klar hervorgehet, daß derselbe den Antrag des Schiedeseides über ein Factum des Erblassers sich gefallen lassen muß [9]), jedoch nur über das

7) L. 3. §. 3. Dig. 12. 2.

8) Dig. L. 37. tit. 9.

9) Durch die L. 12, Cod. 4. 1. wollte Justinian die Verzögerung der Eidesleistung verhüten, spricht dabei davon, daß der Delate vor dem Abschwur sterben könne, und setzt den Nachtheil für

Wissen dieses Facti sich zu erklären braucht [10]). Diese Vorschrift beziehet sich nun keineswegs auf die Qualität eines Erben an sich, sondern gehet unstreitig von dem Grundprincip aus, „weil das Factum des Erblassers für den Erben verbindlich ist, dieser also auf jenes Factum antworten und dessen Beweis sich gefallen lassen muß [11]). Von diesem Gesichtspunkt aus muß eben jener gesetzliche Wille bei dem Beweis jedes facti alieni zur Anwendung kommen, so oft und sobald nur dessen Wahrheit oder Unwahrheit für die streitenden Theile eine Zwangsverbindlichkeit begründet. Kann nun jede zu beweisende Behauptung durch den Schiedeseid bewiesen werden, wenn die Gesetze dieses allgemeine Beweismittel nicht ausdrücklich abschneiden, und sagen sie nirgends, „auch über das relevante factum alienum könne der Schiedeseid dem Principal nicht angetragen werden," so ist es eine gesetzlose Willkühr, dieses in der

---

den Gegner darein: cum multum discrepet juramentum hereditarium a principali sacramento, d. h. weil der Erbe nur das Nichtwissen beschwört, der Erblasser aber als Regel die Nichtwahrheit hätte beschwören müssen. Eben so schwört der Nachfolger eines Lehnherrn: se non credere, investituram factam esse ab antecessore suo. II. Feud. 58. §. cum datur. Das Nichtglauben schließt das Nichtwissen in sich, und die teutschen Reichsgesetze haben eine solche Antwort an mehreren Orten legalisirt. J. R. A. v. 1654. §. 9. Vergl. Note 37.

10) L. 42. Dig. 50. 17. Conf. et L. 19. D. h. t.

11) An einem andern Orte, B. I. Heft I. Abh. III. S. 53. d. Arch., wurde bereits gezeigt, daß die Eidesdelation an sich kein Beweismittel, sondern daß dieses der Delate selbst als gewählter Zeuge in eigener Sache ist. Auch der geschworne Zeuge spricht oft nur ein: „ich weiß nicht" aus; warum aber soll dieses bei dem gewählten testis in propria causa der Fall nicht seyn können? Die Sache muß seine eigene seyn, nicht aber das Factum, aus welchem jene Sache zu beurtheilen ist.

Doctrin zu behaupten [12]. Daß sich der Vormund weigern kann, zu schwören [13], insofern nicht von seiner eigenen Administrationshandlung die Rede ist [14], daß dortbei das Gesetz sagt: grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores sub alieni compendii emolumento etiam perjurii anceps subire, hat, wie schon erwähnt wurde, lediglich seinen Grund darinnen, weil ein Vormund nicht der Principal ist, sondern nur eine Nebenperson. Wie es bei dem Principal als Erben sich ganz anders verhalte, ist aus andern Gesetzen bereits nachgewiesen worden. In einem andern Gesetz [15], wo nicht von dem Erben die Rede ist, spricht Ulpian, nach vorausgeschicktem allgemeinen Princip: „in allen Sachen findet Eidesdelation statt, denn wenn der Adversarius nicht schwören will, mag er den Eid zurückgeben," weiter: Quid tamen si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promisserat, putat decessise? Non erit tutus per relationem [16]; et ideo ex hac causa putat Marcellus, et recte, aut remittendum [19] ei [18] jusjurandum, aut spatium dandum, ut certiore-

12) Was Quinctilan äußert Lib. 5. Inst. orat. Cap. 6. stehet nicht in Justinians Gesetzsammlung, ist auch nur eine oratorische Bemerkung über die Bescheidenheit der Parteien in Hinsicht auf Eidesdelation, und schließt eine jur. ignorantiae et credulitatis nicht aus.

13) L. cit. 4. D. 12. 3.

14) L. 5. Cod. 4, 1. mit L. 69. §. 2. Dig. 3. 1. Cujacius, ad leg. 5. Cod. de rebus creditis.

15) L. 34. pr. Dig. 12. 2. Noodt, in comm. ad lib. 12. tit. 2. Dig. nennt dieses Gesetz einen locum obscurum; nur seine versuchte Aufhellung aber macht es dunkel.

16) Sc. adversarius.

18) Sc. a judice vel adversario.

18) Sc. adversario.

tur, et sic juret. Dieses Gesetz unterstellt: der Beklagte habe a) den Grund der Klage eingestanden, jedoch b) seinem adversario die Einrede entgegengesetzt, „er könne den versprochenen Sklaven deshalb nicht übergeben, weil dieser, wie er, Beklagter, glaube, gestorben sey," und dabei c) dem Kläger den Eid über diese Einrede angetragen [19]). Dieser Antrag wird nun von Marcellus nicht deshalb für unerlaubt gehalten, „weil der Tod des Sklaven keine eigene Handlung des Klägers sey," sondern „weil das putare zu vage, und so der adversarius nicht tutus per relationem ist." Denn der Beklagte würde, schöbe ihm der Kläger den Eid zurück, nur sein putare beschwören. Der Kläger soll daher repliciren dürfen, „daß er zur Erklärung auf jene vage, ihn also in der Zurückschiebung beschränkende und gefährliche, Eidesdelation nicht pflichtig sey." Wolle jedoch der Kläger, spricht Ulpian mit Marcellus weiter, so könne man ihm einen Zeitraum zur Erkundigung [20]) einräumen, und

19) Anders läßt sich das Gesetz nicht deuten, da der Beklagte in Rücksicht auf die Einrede als Kläger zu beurtheilen ist, jenen also die Beweislast trafe. L. 1. Dig. 44. 1. und L. 19. D. 22. 3. er sich selbst aber zum Eid nicht erbieten konnte. L. 3. pr. Dig. 12. 2. Er, der Beklagte, mußte also dem Kläger, seinem Adversarius, den Eid angetragen haben.

20) Der Deferent selbst hatte den Tod des Stichus nicht einmal als gewiß behauptet. Gerade dieses Schwanken, und nur dieses, veranlaßte den praktischen Zweifel, „wie der Fall zu entscheiden seyn mögte." Der teutsche Richter würde eine so schwankende Behauptung als angebrachter Maßen unstatthaft verwerfen. Daraus folgt aber dennoch nicht, daß niemand ex facto alieno klagen, darüber den Eid antragen, und, wird dieser zurückgegeben, ein juram. ignorantiae et credulitatis abschwören könne. Allerdings ist alles dieses rechtsmöglich; allein die Behauptung muß als gewiß aufgestellt und der Einlassung ausgestellt, nicht auf ein Wissen oder Glauben des Behauptenden gegründet werden. Dieses näher in einem besondern Rechtsfall.

er sodann schwören. Hierin liegt also wohl das Princip: „daß der Eid nur über bestimmte Thatsachen, nur über eine auf Seiten des Deferenten als gewiß behauptete Thatsache, dem Gegner angetragen werden soll," keinesweges aber das Verbot, „über ein bestimmtes, dem adversario nicht eigenes, Factum den Schiedeseid zu deferiren." Vielmehr darf man aus der dem Delaten gegebenen Willführ, den obgleich nicht gehörig angetragenen Eid anzunehmen, vollbegründet folgern, daß er nach vorgängiger Bedenk- und Forschungszeit schwören konnte: se non putare, Stichum decessisse. Denn, daß der Delate nicht mehr abzuschwören hat, als in der Behauptung des Deferenten liegt, versteht sich von selbst und das certiorari bezeichnet nicht gerade die Erfahrung einer physischen Gewißheit, sondern auch eine bessere Begründung der innern Ueberzeugung, des redlichen Glaubens [21]). Den Satz: „der Delate sey nicht tutus per relationem," würde man, ihn so allgemeinhin aufgefaßt, jedem Eidesantrag entgegensetzen und damit jede Zurückschiebung als unerlaubt darstellen können. Denn es kann ja der Deferent als Relate den referirten Eid schwören und so ist der Referent niemals tutus. Dennoch sagt das Gesetz: nec de injuria queri adversarius potest, cum possit jusjurandum referre [22]), in einem andern Fragment aber, manifestae turpitudinis et confes-

---

21) Daß derjenige, welchem der Eid über ein alleiniges Factum (mere proprium) zugeschoben wurde, ihn nicht referiren kann, L. 11. §. 3. L. 12 et 13. D. 25. 2. hat seinen besondern weisen Grund. Handb. zu Martin S. 170. Note 119. In einem besondern Rechtsfall soll dieses noch weiter ausgeführt werden. Verwandt ist dormit in Rücksicht auf die gesetzlichen Eide, daß, wenn eine Partei de ignorantia et credulitate die andere aber de veritate schwören kann, letzte als schwörender Theil vom Richter gewählt wird.

22) L. cit. 1. pr. D. 12. 2.

sionis est, nolle nec jurare, nec juramentum referre [23]). Nur so viel also kann dort und muß also, ist von einem bestimmt behaupteten facto alieno die Rede, dem Delaten zukommen, zu antworten: „ich weiß es nicht" [24]).

Des jetzigen Beweisführers vielleicht unkluge Sicherheit zu eigenem Nachtheil, desselben Vernachlässigung anderer Beweismittel, entziehet ihm das Refugium zu dem allgemeinen Beweismittel durch den Antrag des Schiedeseides keinesweges. Dieses sprechen die Gesetze klar genug aus [25]).

Die dem verehrlichen Mühlenbruch nicht beweisende L. 3. §. 3. Dig. 12. 2. mögte also sehr klar aussprechen: daß ein Beweisführer seinem Gegner den Eid nicht nur über ein für ihn, den Producten, verbindliches factum tertii, sondern sogar über ein relevantes alleiniges Factum seiner selbst, des Beweisführers, anzutragen befugt ist [26]).

---

23) L. 38. D. 12. 1.

24) Und nach teutschen Rechten: „ich glaube es auch nicht." Wenn in der L. 34. §. 8. Dig. 12. 2. gesagt wird: non semper consonans est per omnia referri jusjurandum, quale defertur, forsitan et diversitate rerum, vel personarum, quibusdam emergentibus, quae varietatem inducunt. Ideoque, si quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujusmodi jurisjurandi termineтur, so ist dieses eben so gut auf den Delaten anwendbar, d. h. dieser kann auch verlangen, daß die Eidesformel auf bloses Nichtwissen gerichtet werde, wenn die Wahrheit eines facti alieni in Frage stehet. Denn was dem angreifenden Theil, dem Beweisführer, gestattet ist, muß noch mehr dem Producten zukommen. L. 41. Dig. 50. 17. Bedenkt man hierbei, daß die Römische Eidesformel auch die Worte enthielt: juro ex animi mei sententia, Brissonius, de form. et sol. pop. Rom. L. VIII. nr. IX, so war auch der Glaubenseid zugleich von selbst mitgegeben.

25) Nov. 73. Cap. 4.

26) In Sachsen zweifelt man hieran nicht; denn die Gesetzgebung

Er hätte jenes Gesetz aber durch Vereinigung mit dem gleichfalls angezogenen [27]), von ihm aber eines Blickes nicht gewürdigten, fr. 10. Dig. 37. 10. noch deutlicher und hier des Ueberschriebenen unfreundlich angefochtene Behauptung klar bestätiget finden können. Auch hier spricht Marcellus: cum mulier deferente herede juraverit, se praegnantem

---

hat es ausdrücklich bestätiget. Die ältern Proceßforderungen wollten: „sey von einem eigenen, wenigstens gemeinschaftlichen, Facto des Producten die Rede, so solle sich der Deferent der Formel bedienen: „er gäbe die Sache in das Gewissen des Gegners," (juram. veritatis), bei factis alienis aber (in Rücksicht auf den Producten, mit Einschluß des alleinigen facti deferentis) die Worte brauchen: Wissenschaft und Wohlbewußt" (juram. ignorantiae et credulitatis). Die neuern S. Proceßordnungen haben den Beweisführer von der Beobachtung dieses Unterschiedes entbunden, weil das Factum von selbst ergiebt, ob jener oder dieser Eid zu schwören, solches aber Gegenstand der richterlichen Reflexion und Thätigkeit ist. Schaumburg. in princip. prax. jud. lib. I. C. I. Mbr. III. Cap. V. §. 4. — Altenb. Proceßord. v. J. 1744. und Goth. Proc. Ordn. v. J. 1776. P. 1. Cap. XV. §. 5. Im Grunde ist dieses eine Bestätigung und Verdeutlichung der L. 34. §. 8. Dig. 12. 2., und es muß in Sachsen auch die überschriebene specielle Streitfrage für gesetzlich entschieden geachtet werden. Was die letzte Proceßordnung a. a. O. §. 8. wegen des Cedenten verordnet, beziehet sich auf die Fälle, wann entweder a) der Cessus wider den Cessionar solche Einreden wirksam machen will, die er gegen den Cedenten hatte, oder b) der debitor cessus die Forderung selbst verneint, und ihm der Cessionar hierüber den Eid anträgt. In diesen Fällen ist es nämlich ein gemeinschaftliches Princip, daß der Cessus verlangen kann, der zwar nicht selbst in lite befangene Cedent solle herbei kommen und resp. den Haupteid, resp. das jur. columniae selbst schwören. Grolman in der Theorie d. ger. V. §. 91. Glück zu Hellfeld, §. 793. Note 18.

27) Handb. zu Martin, pag. 168. Note 115.

esse, bonorum possessio dari debet, vel denegari, si illa heredi detulit jusjurandum; cum causa cognita detur possessio rel.

Das Weib konnte also dem Erben ihres Mannes den Schiedeseid darüber antragen, „daß sie schwanger sey," und der Erbe mußte schwören, wenn er den Eid nicht zurückgeben wollte. Vernünftiger Weise aber verstehet sich von selbst, daß er nur ex animi sui sententia sein Nichtwissen beschwor. Das Weib erhielt in diesem Fall die bonorum possessio nicht; allein das Erbrecht des nachher gebornen Kindes wurde dadurch eben so wenig verrückt, als dasjenige jenes Gegners seiner Mutter, wann diese den deferirten oder referirten Eid, „sie sey schwanger," geschworen hatte, solches jedoch in der Folge sich nicht bestätigte [28]. Damit stehet nun L. 3. §. 3. Dig. 12. 2. in voller Harmonie; und wollte man entgegnen, „sie spreche von einem außergerichtlichen Eid," so ist solches eines Theils nicht von Einfluß [29], andern Theils aber bezieht sich die L. 10. all. D. 37. 10. in den Worten: causa cognita detur possessio, deutlich genug auf eine gerichtliche Verhandlung. Beide Gesetze sprechen also von einem facto mere proprio des Beweisführers; denn jedes thatsächliche Verhältniß ist ein Factum, und der Gegner des angeblich schwangern Weibes kann so wenig mit ihr zugleich schwanger seyn, als selbst eine inspectio ventris unternehmen, ut certioretur. Ob es bei den Römern eine Gewissensvertretung gegeben habe und also der Gegner des Weibes auf eine gerichtliche inspectio ventris antragen können, weiß kein teutscher Jurist mit Gewißheit [30];

---

28) Ne aut heredi bonorum possessio data faciat praejudicium, aut denegata jus ordinarium eripiat pupillo. L. cit. 10. in fine D. 37. 10.

29) F. L. Boehmer, in Elect. jur. civ. T. II. Exerc. XIV. §. 11.

30) Malblanc, de jurejurando §. 58.

heut zu Tage aber würde es dem Delaten wohl möglich seyn, jenen Hülfsweg einzuschlagen.

Die übrigen, von Mühlenbruch als nicht beweisend ausgehobenen, Gesetze waren zunächst dafür angezogen, daß a) der Römer der Regel nach jede relevante Thatsache durch den Schiedeseid beweisen können, daß jedoch b) die Wirkung dieses Eides, so wie die res judicata, weder über die Gränze des durch ihn entschiedenen Processes, noch über das Rechtsgebiet dieser Parteien sich erstrecke [31]. Wer das nicht in jenen Gesetzen finden, oder wer es verneinen wollte, müßte das Daseyn des Buchstabens derselben, und unbezweifelte, aus ihnen und einem Haufen von Gesetzen hervorleuchtende, Rechtsverordnungen ableugnen. Das fr. 9 §. 7. spricht zunächst von dem Beweis des Eigenthums durch den deferirten Eid, eben so fr. 11. in prooem., dort vom Besitzer dem Vindicanten deferirt, hier von diesem dem Possessor angetragen. Aehnlichen Inhalts ist frag. 13. §. 1. all.; und man darf überall voraussetzen, daß nicht der Rechtsbegriff des Eigenthums, (nicht blos der Satz: „rem suam esse“ vel non esse“) zu beschwören war [32], sondern das factische Verhältniß, auf welchem desselben Erwerb beruhete. Dann zeigt sich auch hier ein Gebiet von Thatsachen, factis, welche aliena, und selbst mere propria des Beweisführers

31) Die Rechts- und Verbindlichkeitsrepräsentanten, z. B. Erben u. s. w., natürlich mit eingeschlossen. Davon abgesehen, giebt es nur wenige Ausnahmen, in welchen die Rechtskraft auch gegen Dritte wirkt. L 63. D. 42. 1. Ob die L. 25. D. 1. 5., wie man gewöhnlich lehrt, eine Rechtskraft gegen alle Mitbürger unbedingt begründe, dürfte sich noch bezweifeln lassen. Vergl. auch Leyser spec. 472.

32) Blose Rechtsbegriffe bilden nie den Beweissatz. Das liegt so nothwendieg in dem Geist der röm. Gesetze, als in der Vernunft. Böhmer l. c. §. 12. Vorst über die Beweislast im Civilproc. §. 12.

seyn konnten, wegen ihrer Relevanz aber ein Gegenstand der Eidesdelation wurden. Wie wenn sich der Petitor auf Verjährung stützte, wenn er über seine Besitzhandlungen u. s. w. dem Beklagten den Schiedeseid antrüge? So spricht das frag. cit. 11. §. 3. von dem Beweis des Erbrechts durch den Eid, und man muß abermals annehmen, daß die factischen Bedingungen des Erbrechts zu beschwören oder eidlich zu verneinen waren. Denn die Gesetze sprechen kurz und unterstellen stillschweigend das allgemein Wesentliche. Der specielle thatsächliche Grund einer Klage mußte wenigstens dann angeführt werden, wann die Streitsache über ein Zustands- oder ein dingliches Recht in den Act des Beweises eintrate; die factischen Bestandtheile desselben waren das Beweisthem und dieses der Gegenstand der Eidesdelation. Auch der Zustand aber konnte durch den Schiedeseid festgestellt werden [30]), so wie jedes andere, von dem Gesetz nicht ausdrücklich ausgenommene, Privatrechtsverhältniß [34]).

§. 3.

So wären nur noch die von Mühlenbruch gefürchteten schlauen Abentheurer und Strauchdiebe abzutreiben. Gerade diese dürften jedoch dem bedächtlichsten Gesetzgeber die allergeringste Besorgniß veranlassen, und mit ihrer Eidesdelation der bürgerlichen Gesellschaft und den Eigenthumsrechten weit weniger gefährlich seyn, als mit dem schwächsten Bettelstabe. Weiß der Schuldner nichts von der Cession, so kann er mit Nichtwissen antworten und den Eid annehmen. Er schwört: „ich weiß nicht, daß dem Kläger die Forderung von meinem Gläubiger cedirt wurde.“ Daß alsdann der klagende Theil, seines abgeleisteten Gefährdeeides ungeachtet, sogar sämmtliche

33) L. 13. pr. D. 12. 2. Und wie oft bildet der status die legitimatio ad causam! Handb. zu Martin S. 117. nr. 3.

34) Handbuch zu Martin S. 166. Note 113.

Proceßkosten bezahlen und erstatten muß, ist wenigstens die bestgegründete Meinung [1]); und man darf hoffen, daß der vernünftige Mann, welcher von einem vermuthlichen Abentheurer oder Strauchdieb in Klage genommen wird, die Einrede der wegen der Unkosten zu bestellenden Sicherheit gehörigen Orts vorschützen werde. Ihre Wirkung ist bekannt. Ist der Beklagte seines bewußten Nichtwissens ungeachtet bedenklich, einen Eid abzuleisten, so kann er von dem religiösen und moralischen Gesichtspunkt aus Achtung verdienen; allein die Rechtspflege kann ihn deshalb nicht begünstigen. Ihr ist es um die juristische Wahrheit des streitigen Facti zu thun, ihr ruft das Gesetz zu: maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio! [2]) Die bürgerliche Gesellschaft kann dieses Beweismittel nicht entbehren; es ist unmöglich, alle Rechtsgeschäfte vor Gericht, oder vor Zeugen, zu verhandeln, oder auch nur außergerichtlich schriftlich beurkunden zu lassen. Es würde daher sehr oft gesagt werden müssen, non deficit jus, sed probatio, wollte man insonderheit den Schiedeseid aus der Zahl der Beweismittel ausstreichen, vielmehr es untersagen, den Gegner selbst als zu vereidenden Zeugen hervorzurufen. Zu wünschen wäre freilich der Verschluß dieses Wegs zur juristischen Wahrheit, aber möglich ist es nicht, ihn zu entbehren, ohne zehnmal mehr Nachtheil über die bürgerliche Gesellschaft zu verhängen, als der Mißbrauch jenes Eides in einzelnen Fällen hervorbringen kann. Ohne dieses würde weit mehr Wahres verneint, als jetzt Unwahres fälschlich beschworen werden. Der Staat kann nur einzelne Rechtsgeschäfte dem Gebiete des Schiedeseides entziehen, und muß sich übrigens bestreben, das moralische und religiöse Gefühl seiner Bürger schon durch den Schulunter-

---

1) Weber, über die Proceßkosten §. 12. M. Handbuch Abh. VI. pag. 341. lit. d.

2) L. 1. D. 12. 2. L. 2. §. 8. in f. Cod. 2. 59.

richt zu wecken und durch die kirchlichen Anstalten u. s. w. zu befestigen. Ein Staat welcher die Schiedes- und richterlichen Eide für den Civilproceß aufhebt, erklärt zugleich öffentlich seine Mitglieder für schlechte und verdorbene Subjecte. Er kann auch keinem rechtsfähigen Subject, fremd der einheimisch, hat es personam standi in judicio und Dispositionsfreiheit über sein Vermögen, den Gebrauch jenes Rechtsmittels versagen; wer aber behauptet, „der Deferent sey ein Abentheurer und Strauchdieb und wolle sich der Eidesdelation als Afterschlüssel bedienen," muß dieses beweisen, oder wenigstens indicia dieses Zustandes nachweisen. Auf der Stirne steht es nur selten geschrieben. Ueberhaupt muß man leider mit Pilatus ausrufen und fragen: was ist Wahrheit?! Nur selten dient dem Richter mathematische Gewißheit zur Ueberzeugung, und eben so selten kann er sich durch seine eigene äußere Sinnen von dem Seyn oder Nichtseyn einer Thatsache überzeugen. Der Weg zur absoluten Wahrheit ist der Regel nach für ihn verschlossen, und darum führen ihn die Gesetze in das Gebiet des juristischen Zwangsglaubens [3]. Andere Subjecte außer ihm, Zeugen, müssen ihre Erfahrungen über die streitige Thatsache ihm mittheilen, wohl auch, wie die Sachverständigen, nur ihre rationelle Reflexion; er muß durch leblose Objecte, Urkunden, welche nur Merkmale oder Nachrichten von einem thatsächlichen Verhältniß ihm darbieten, seine Ueberzeugung zu begründen suchen, bisweilen nur zu Schlußfolgerungen, menschlichen Vermuthungen, seine Zuflucht nehmen; denn nur in ausgenommenen Fällen erlaubt ihm das Gesetz, eine Thatsache, als Rechtsvermuthung, ohne weiteres für Wahrheit zu halten. Ja endlich müssen die Gesetze die Parteien selbst als Beweismittel anerkennen, wenn nicht ihr Bekenntniß ohne Beweisführung zum Beweisgrund wird; und so wie sie schon bei den Zeugen

3) Möser in den patriotischen Phantasieen, Thl. 4. pag. 113.

und Sachverständigen die Religion zur Mithelferin nehmen, so ist dies noch nothwendiger, wenn die Partei bejahender oder verneinender Zeuge in eigener Sache werden soll, sey es nun durch den Willen des Gegners, (juramentum delatum et relatum), oder vermöge des Willens der Gesetze, weil die Beweisführung an ihrer Gränze angelangt, und nichts weiter, als das Nothmittel übrig ist, durch eine der Parteien (durch ein juram. suppletorium oder purgatorium) die vorwaltenden Zweifel an der Wahrheit oder Unwahrheit des streitigen Facti beseitigen zu lassen [4]). Denn die juristische, formelle, Wahrheit oder Unwahrheit ist ja eine wesentliche Bedingung des richterlichen Ausspruches, „welches Recht und welche Verbindlichkeit aus jenem Facto hervorgehe." Wenn der legale Wille des Richters einen streitenden Theil als Selbstzeugen auswählt, so ist die Wahrscheinlichkeit, „er werde der Wahrheit treu seyn," schon auf das unvollkommene Product anderer Beweismittel, auf einen unvollkommenen Beweis gestützt, wenigstens (bei dem juramento in litem) auf die vorliegende Wahrheit, der Gegner sey in dieser Sache als ein bösliches oder doch grobschuldliches Subject zu betrachten; wenn hingegen der freie Wille einer Partei die andere zum Selbstzeugniß auffordern will, so soll die erste vorher eidlich erhärten, daß sie jenes nicht aus Bosheit oder Muthwillen verlange. Daher das juramentum calumniae, welches der Delate von seinem Gegner fordern darf. Weiter [5]) kann und wird es eine menschliche Gesetzgebung wohl schwerlich in dem Gebiete der Wahrheitsforschung [6]) bringen, und eben so wenig wird sie allen

---

4) Vergl. d. Arch. B. I. Heft I. Abh. III.

5) Die Tortur wird man wohl so wenig, als die Gottesurtheile, wieder aufnehmen mögen, und für den juristischen Proceß wollen sich noch zur Zeit brauchbare magnetisirte Hellseher auch nicht finden.

6) Zur Wahrheitssicherung haben manche Gesetzgebungen mehr gethan, resp. zum Vortheil der Staatscasse.

und jeden Mißbrauch jener Wege und Mittel zur juristischen Wahrheit zu verhindern vermögen. Auch der Zeuge und Sachverständige kann ein heimlicher bestochener Strauchdieb, die Urkunde kann verfälscht seyn u. s. w. Dann ist die producirende Partei weit weniger sicher, als wenn ihr ein Abentheurer oder Strauchdieb einen Eid unter den äußern Bedingungen der gesetzlichen Befugniß anträgt. Diesen Angriff kann der Product mit seinem guten Gewissen zurückschlagen, im Fall nur dieses die Annahme und den Abschwur des Eides rechtfertiget. Ist ihm diese vom Gesetz dargebotene, von der Moral und Religion gebilligte, Waffe unbequem, will er sie von sich und dem geargwöhnten Strauchdieb in die Hände geben, so ist er, von minderwichtigen Objecten und großmüthigen Zahlungen abgesehen, dem Gesetz und dem rechtlichsten Juristen ein Thor, und der Vernunft ein schwärmerischer Verschwender seines Vermögens. Die singulären Eigenschaften solcher einzelner Subjecte sind kein Maasstab der Gesetze, diese müssen das Allgemeine und die Regel im Gesichtspunkt haben [7]), und wenn ein solches Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft auf jenem von ihm gewählten Weg eine Einbuße erleidet, so kann er nur mit sich selbst hadern, nicht aber ausrufen: womit will man eine solche Gesetzgebung rechtfertigen! — Diese rechtfertiget sich durch das nothwendige Bedürfniß der bürgerlichen Gesellschaft; in deren Leben und Weben muß man die Gesetze hinüber zu tragen verstehen, will man sie richtig auffassen und anwenden. Ein Schuldner kann möglicher Weise auch durch falschen Zeugen- und Urkundenbeweis der Cession als Cessus zur Zahlung an den vorgeblichen Cessionar verurtheilt werden, und muß nachher, hat er jenen Fälschling bezahlt, den nicht cedirenden Gläubiger dennoch auch bezahlen. Das ist ein den Schuldner treffendes Unglück, zu dessen Trost die Gesetzgebung ihm nichts weiter reichen kann, als Rechtsver-

7) L. 3. 4. 5. 6. 8. D. de legibus. 1. 3.

folgungsmittel gegen den Betrüger [8]). Allenfalls könnte sie gebieten, „jede Cession solle verbrieft werden.“ [9]) Dies aber spricht das gemeine Recht eben so wenig aus, als es derselben Beweis mit Zeugen und öffentlichen Urkunden bedingt [10]). Und absurd wäre es, nur gerichtliche Cessionen für beweisend zu erklären. Wie sollte Handel und Wandel dabei bestehen. — Daß manche Proceßarten, z. B. Wechsel- und Executivproceß, auch in Hinsicht auf die Fortpflanzung des Klagerechts, Urkunden wesentlich erfordern, hat Bezug auf den Proceßgang, ist kein materielles Rechtsprincip, und auch dort hat das öffentliche Document keinen Vorzug vor der anerkannten öffentlichen Privaturkunde.

Es wird also der Satz feststehen bleiben:

daß auch über facta aliena, insonderheit über die Sachlegitimation, und über die Cession, in dem bürgerlichen Proceß, gemeinen Rechten nach, der Schiedeseid angetragen werden darf.

---

8) M. Handbuch pag. 175. u. Note 127. Muß sich doch auch der, welcher fremdes Guth in seiner custodia hat, desselben Vergütung gefallen lassen, wird es ihm heimlich gestohlen. Da der Staat nicht alle Diebe vertilgen kann, so giebt jenem custos das Gesetz die actio furti u. dgl.

9) Würde es dann aber keine falsche Wechsel mehr geben? keine Beispiele mehr, daß der Trassate getäuscht wird?

10) Selbst diese können fälschlich nachgemacht werden.